

La presunción de legitimidad del acto administrativo.

Un mito innecesario y pernicioso^{*}

Augusto Durán Martínez^{**}

RESUMEN. Una larga y constante jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo afirma el principio de *presunción de legitimidad del acto administrativo*. Ante la ausencia de un texto de derecho positivo que consagre tal presunción, el Tribunal se funda en la opinión de MARIENHOFF. La opinión de MARIENHOFF sobre el punto no es por cierto aislada; son muchos los autores que sostienen la presunción de legitimidad; pero en general lo hacen mediante afirmaciones dogmáticas, sin profundizar el tema y, muchas veces —como ocurre en Argentina y España—, en un marco de derecho positivo que impone la presunción de legitimidad. Un examen a fondo de la cuestión revela que la presunción de legitimidad carece de fundamento jurídico, viola claros principios generales de nuestro derecho, es innecesaria a los efectos de extraer las consecuencias que de ella se pretende derivar y es perjudicial, puesto que favorece la arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos. En definitiva, la presunción de legalidad es un mito innecesario y pernicioso.

ABSTRACT. Extensive case law from the Administrative Contentious Court affirms the *legitimacy presumption of administrative acts*. In the absence of statutory law drawn up in said respect, the Court bases its rulings on the opinion of MARIENHOFF. MARIENHOFF's opinion on the subject matter is not at all isolated; many an author support the legitimacy presumption. However, they do so by means of dogmatic statements, lacking any deep delving in the matter, and many times – as it happens in Argentina and Spain – within a

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Titular de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

statutory framework which imposes the legitimacy presumption. A profound analysis reveals that the legitimacy presumption is bereft of legal grounds, violates clear general principles of our law, is unnecessary for the purposes of drawing the consequences intended and it is harmful, since it favors administrative arbitrations to the detriment of human rights. In sum, the legality presumption is an unnecessary and pernicious myth.

PALABRAS CLAVE. Derecho administrativo. Jurisprudencia. Acto administrativo. Legitimidad de las normas. Presunción de legitimidad. Eficacia. Estabilidad.

KEY WORDS. Administrative law. Case law. Administrative act. Legitimacy of regulations. Legitimacy presumption. Efficacy. Stability.

SUMARIO. **1.** Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. **2.** Precisiones elementales. **3.** Posición de MARIENHOFF. **4.** Crítica a la posición de MARIENHOFF. **5.** Derecho positivo uruguayo. **6.** A manera de conclusión.

1.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Una larga y constante jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostiene como principio la presunción de legitimidad del acto administrativo. A veces se limita a efectuar una afirmación dogmática de la cual se extraen determinadas consecuencias,¹ otras veces parte de la autorizada opinión de MARIENHOFF,² y en otras sentencias —a partir del año 2000— el Tribunal mantiene la tradicional cita de MARIENHOFF, incor-

¹ Sentencias n.º 1198, de 16 de noviembre de 1992, n.º 208, de 16 de marzo de 1992, y n.º 862, de 3 de agosto de 1992, casos n.ºs 262, 265 y 267 respectivamente del *Anuario de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1996, t. V, pp. 189 ss.; sentencias n.º 367, de 27 de marzo de 1996, y n.º 689, de 29 de setiembre de 1997, casos n.ºs 218, 220 y 221 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, p. 382; sentencias n.º 213, de 5 de abril de 2000, y n.º 566, de 15 de agosto de 2001, casos n.º 144 y n.º 147 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. X, pp. 279 y 282; sentencias n.º 466, de 19 de agosto de 2002, n.º 202, de 7 de mayo de 2003, y n.º 624, de 12 de noviembre de 2003, casos n.ºs 237, 240 y 242 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XI, pp. 88 ss.; sentencias n.º 61, de 18 de febrero de 2004, n.º 86, de 25 de febrero de 2004, n.º 104, de 15 de marzo de 2004, n.º 176, de 21 de abril de 2004, n.º 212, de 3 de mayo de 2004, n.º 371, de 28 de junio de 2004, casos n.ºs 104, 105, 106, 107, 108 y 109 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XII, pp. 162 ss.

² Sentencias n.º 597, de 11 de noviembre de 1991, n.º 72, de 10 de febrero de 1992, n.º 126, de 19 de febrero de 1992, n.º 391, de 21 de agosto de 1991, casos n.ºs 261, 263, 264 y 266 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. V, pp. 189 ss.; sentencias n.º 57, de 10 de febrero de 1993, n.º 397, de 3 de mayo de 1993, n.º 428, de 5 de mayo de 1993, n.º 548, de 7 de junio de 1993, casos n.ºs 172, 173 y 174 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VI, p. 240; sentencias n.º 297, de 27 de marzo de 1996, n.º 694, de 31 de julio de 1996, casos n.º 217 y 219, del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, pp. 381; sentencias n.º 38 de 9 de febrero de 1998, y n.º 8, de 3 de febrero de 1999, casos n.º 209 y n.º 210 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IX, pp. 285 ss.; sentencia n.º 101, de 7 de abril de 2005, caso n.º 103 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XIII, pp. 284 ss.

pora a ROTONDO TORNARÍA como referencia doctrinaria nacional sobre el tema, y en ocasiones evoca su propia jurisprudencia.³

2. ROTONDO TORNARÍA no efectúa cita doctrinaria alguna al referirse al punto.⁴ No obstante, de su simple lectura se desprende que su visión coincide en sus aspectos básicos con la de MARIENHOFF.

3. Cuando nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo no cita a MARIENHOFF, efectúa afirmaciones coincidentes con las efectuadas por MARIENHOFF en su obra.

4. Es verdad que muchos son los autores que aceptan la presunción de legitimidad del acto administrativo,⁵ y lo hicieron antes y después de MARIENHOFF. Pero no cabe duda acerca de la gravitación que ha tenido MARIENHOFF en el derecho administrativo iberoamericano. La jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo es una prueba elocuente de ello.

³ Sentencia n.º 609, de 16 de agosto de 2001, caso n.º 148 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. X, p. 282; sentencia n.º 534, de 4 de setiembre de 2002, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso administrativo*, FCU, Montevideo, 2007, pp. 227 ss.; sentencias n.º 97, de 7 de abril de 2003, n.º 118, de 21 de abril de 2003, n.º 648, de 17 de noviembre de 2003, n.º 634, de 17 de noviembre de 2003, 701, de 10 de diciembre de 2003, n.º 702, de 10 de diciembre de 2003, n.º 694, de 23 de octubre de 2002, n.º 38, de 17 de marzo de 2003, n.º 528, de 24 de setiembre de 2003, n.º 664, de 24 de noviembre de 2003, casos n.ºs 238, 239, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249 y 250 respectivamente del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. X, pp. 308 ss.; sentencias n.º 743, de 6 de diciembre de 2004, n.º 765, de 15 de diciembre de 2004, y n.º 749, de 8 de diciembre de 2004, casos n.ºs 112, 114 y 115, respectivamente, del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XII, pp. 165 ss.; sentencias n.º 26, de 9 de febrero de 2005, n.º 175, de 11 de abril de 2005, n.º 225, de 11 de mayo de 2005, y n.º 281, de 30 de mayo de 2005, casos n.ºs 102, 104, 105, y 106 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XIII, pp. 284 ss.

⁴ F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de Derecho administrativo*, Ediciones del Foro, Montevideo, 2000, p. 211.

⁵ J. R. DROMI, *Instituciones de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, pp. 203 ss.; J. F. LINARES, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 211 ss.; J. A. PRAT, *Derecho administrativo*, Acali, Montevideo, 1978, vol. 2, pp. 147 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, t. I, pp. 536 ss.; H. A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. II, pp. 173 ss.; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. I, p. 706; J. VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1997, p. 155; A. R. BREWER-CARÍAS, *Contencioso administrativo*, t. VII de *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 231; R. PARADA, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I, pp. 150 ss.; L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, vol. 1, p. 721; R. C. BARRA, *Tratado de Derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, t. I, pp. 273 ss.; A. GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, t. 3, 4.ª ed., pp. v.1 ss.; B. ILDARRAZ, A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Eudecor, Córdoba, 2001, pp. 458 ss.; T. HUTCHINSON, "Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo", en AA. VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, pp. 149 ss.; J. R. COMADIRA, *Derecho administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 25; C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito administrativo*, Malheiros, San Pablo, 2003, p. 232; J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, 8.ª ed. actualizada, pp. 317 ss.

De la lectura de todos esos autores se advierte que, salvo algunas excepciones que presentan puntos de vista distintos, a veces coadyuvantes y otras veces contrapuestos, en general todos, en esencia, dicen lo mismo. Da la sensación de que se repiten basados en la innegable autoridad de esos juristas, sin efectuar un análisis en profundidad del tema. En definitiva, casi todos presentan la presunción de legitimidad en la forma en que lo hace MARIENHOFF.

Por eso estimo conveniente, a los efectos de este trabajo, partir del análisis del pensamiento del gran maestro argentino.

5. Pero antes corresponde efectuar algunas precisiones terminológicas.

2.

PRECISIONES ELEMENTALES

1. Empleo el término *presunción de legitimidad* porque es el más habitual en doctrina⁶ y el que emplea nuestra jurisprudencia, pero no es el único usado. También se habla de *presunción de juridicidad*,⁷ de *presunción de legalidad*,⁸ de *presunción de validez*⁹ (SAYAGUÉS LASO, al decir que el acto administrativo se presume válido, obviamente relaciona la cuestión con la validez)¹⁰ y de *presunción de veracidad*.¹¹

⁶ M. S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, pp. 367 ss.; DROMI, op. cit., pp. 203 ss.; GARRIDO FALLA, op. cit., vol. I, p. 706; GORDILLO, op. cit., t. 3, 4.ª ed., pp. v.1 ss.; J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, 8.ª ed. actualizada, pp. 317 ss.; BARRA, op. cit., t. I, p. 273; HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, loc. cit., pp. 149 ss.; ROTONDO TORNARÍA, op. cit., p. 211; ILDARRAZ, ZARZA MENSAQUE y VIALE, op. cit., p. 458; BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 382; COMADIRA, op. cit., p. 25.

⁷ PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, p. 148; C. E. DELPIAZZO, *Derecho administrativo uruguayo*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 153.

⁸ J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, París, 1973, p. 96; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 1999, p. 30; VIDAL PERDOMO, op. cit., p. 155.

⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, 4.ª ed., t. I, p. 536; PARADA, op. cit., t. I, pp. 150; PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ, op. cit., vol. I, p. 721.

¹⁰ E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, p. 490.

¹¹ A. R. BREWER-CARÍAS, op. cit., p. 231. También este autor habla de *presunción de legitimidad, veracidad y legalidad*.

En general los autores entienden que los términos *presunción de juridicidad*, *presunción de legalidad*, *presunción de validez* o *presunción de legitimidad* son sinónimos: significan que se supone que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a derecho.¹² Hay en cambio cierta reticencia para el empleo del término *presunción de veracidad*, porque la plena fe que podría dar el acto administrativo “se refiere a la instrumentalidad de un acto jurídico, no a los hechos que sirven de base, circunstancia o contenido. La instrumentalidad pública del acto certifica tan sólo su celebración, su firma, su fecha, pero no certifica su contenido”.¹³

2. En general se estudia la presunción de legitimidad entre los caracteres del acto administrativo.¹⁴ Así MARIENHOFF sostiene que los caracteres del acto administrativo son dos: presunción de legitimidad y ejecutoriedad;¹⁵ otros, además de presunción de legitimidad, incluyen como caracteres del acto administrativo los de estabilidad, impugnabilidad, ejecutividad y ejecutoriedad.¹⁶

SAYAGUÉS LASO no se detiene particularmente en el tema. Al pasar afirma que el acto administrativo se presume válido y de ahí extrae su ejecutividad.¹⁷ Estudia el punto al tratar los efectos del acto administrativo.¹⁸

HUTCHINSON ha señalado que nuestro tema se relaciona con la ejecución de oficio del acto administrativo y con la teoría del acto defectuoso;¹⁹ GORDILLO, sin perjuicio de estudiar la presunción de legitimidad del acto administrativo entre los caracteres del acto, lo hace relacionándolo con la teoría de las nulidades,²⁰ y CASSAGNE presupone el conocimiento de la teoría de la invalidez administrativa.²¹

La presunción de legitimidad del acto administrativo se estudia en varios contextos: el de los caracteres del acto, el de sus efectos, el de su ejecución o el de su

¹² DROMI, op. cit., p. 204; PARADA, op. cit., t. I, pp. 150 ss.; HUTCHINSON, op. cit., p. 151.

¹³ DROMI, op. cit., p. 206.

¹⁴ MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 367; GORDILLO, op. cit., t. 3, p. V.1; CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 317; PRAT, op. cit., pp. 147 ss.; ROTONDO TORNARÍA, op. cit., p. 211; DELPIAZZO, op. cit., p. 153; ILLARRAZ, ZARZA MENSAQUE y VIALE, op. cit., p. 458.

¹⁵ MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 367.

¹⁶ DROMI, op. cit., p. 203; PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, pp. 150 ss.; ROTONDO TORNARÍA (op. cit., pp. 211 ss.) y DELPIAZZO (op. cit., pp. 153 ss.) hacen una presentación del tema parecida a la de PRAT.

¹⁷ SAYAGUÉS LASO, al definir la *ejecutoriedad*, dice: “En principio el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. Es la regla general. Esta peculiar característica del acto administrativo se denomina *ejecutoriedad*” (op. cit., p. 490).

¹⁸ *Ibidem*, pp. 486 ss.

¹⁹ HUTCHINSON, op. cit., p. 149.

²⁰ GORDILLO, op. cit., pp. V.1 ss.

²¹ CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 318.

extinción, lo que no resulta incompatible, puesto que todos estos aspectos se encuentran relacionados.

Cabe señalar, como una dificultad especial para el tema, que los autores toman los mismos términos no siempre en el mismo sentido o no usan los mismos términos.

La diferente ubicación metodológica del tema y la diversidad terminológica empleada se presta así, como bien ha dicho CASSAGNE, “a verdaderos rompecabezas semánticos”.²²

3. Una última advertencia se impone: es necesario tener en cuenta el derecho positivo.

En Argentina, la presunción de legitimidad está impuesta por el derecho positivo,²³ el que a su vez regula particularmente el tema de la nulidad del acto administrativo.²⁴ Por eso, no se puede tomar la doctrina argentina fuera de su contexto normativo.

Lo mismo ocurre en España. El artículo 57.1 de la ley n.º 30/992, de 26 de noviembre de 1992, establece: “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos [...]”.²⁵ La doctrina española, pues, está condicionada por este texto.

En Uruguay, en cambio, como bien lo señaló DELPIAZZO, el derecho positivo no impuso la presunción de legitimidad.²⁶ Y nuestra normativa en materia de nulidad del acto administrativo es muy escasa y, por cierto, muy distinta de la argentina.

²² *Ibidem*.

²³ La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, en su artículo 12, dice: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; [...]”. (Texto extraído de J. ABAD HERNANDO, *Norma de procedimiento administrativo nacional*, Comercio y Justicia Editores, Córdoba, 1986, p. 7.) Esta solución es recogida en muchas leyes provinciales; así por ejemplo, las de Catamarca (art. 38), Corrientes (artículo 137), Formosa (artículo 38), La Pampa (artículo 50), La Rioja (artículo 77), Mendoza (artículo 79), Neuquén (artículo 55 literal a), Salta (artículo 77), San Juan (artículo 12), Santa Cruz (artículo 12), Tierra del Fuego (artículo 105), Tucumán (artículo 47), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 12). (HUTCHINSON, op. cit., p. 150.)

²⁴ La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo en sus artículos 17 y 18 dice: “*Revocación del acto nulo*. Artículo 17. El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviese firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad. *Revocación del acto regular*. Artículo 18. El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”. (Textos extraídos de ABAD HERNANDO, op. cit., pp. 7 ss.)

²⁵ Texto extraído de L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, 12.ª edición, p. 459.

²⁶ DELPIAZZO, op. cit., p. 153.

Por eso estimo que debo aclarar el sentido con que emplearé los términos que más importan a los efectos de este estudio, sentido que ya he empleado, por cierto, en trabajos anteriores.

4. Considero así que debo aclarar el sentido de los términos *perfección*, *validez* y *eficacia* por un lado, *estabilidad*, *firmeza* y *definitividad* por otro, y finalmente *ejecutividad* y *ejecutoriedad*, así como la relación de estos conceptos con la nulidad del acto administrativo.

Un acto es *perfecto* cuando reúne todos sus presupuestos y elementos. Si esto no ocurre no hay acto o, como mal se dice habitualmente, hay acto inexistente.²⁷

Si se reúnen todos los presupuestos y elementos y ellos se ajustan a derecho, ese acto perfecto es además válido o legítimo. Si alguno de esos presupuestos o elementos no se ajusta a derecho, el acto es inválido o ilegítimo.²⁸

Aclaro que tomo los conceptos de *invalidez* y de *ilegitimidad* como sinónimos, aunque reconozco que otros autores distinguen invalidez de ilegitimidad.²⁹ Encuentro

²⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de Derecho administrativo*, Universidad Católica del Uruguay e Ingranusi, Montevideo, 1999, vol. I, p. 62; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada administrativa”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, p. 354.

²⁸ DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. I, p. 62; DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada...”, op. cit., p. 354.

²⁹ CAJARVILLE PELUFFO sostiene que ilegitimidad es la contrariedad del acto a una regla de derecho. Esa violación del deber ser jurídico puede acarrear una sanción; si la sanción de la ilegitimidad consiste en una afectación de la eficacia formal del acto, éste es *inválido*; si, en cambio, la sanción no afecta su eficacia formal, el acto, aunque ilegítimo, es válido. (J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Invalidez de los actos administrativos”, en J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Dos estudios de Derecho administrativo*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, pp. 75 ss.) También HUTCHINSON distingue ilegitimidad de invalidez. En tal sentido expresa: “Debe distinguirse entre ilegitimidad e invalidez del acto administrativo. Aquella resulta de la discordancia entre el acto y la norma (mejor con los requisitos exigidos por la norma para el acto). De allí que la ilegitimidad del acto resulte de una constatación que hace el operador jurídico al contrastar la discordancia entre aquél y el ordenamiento jurídico. Si hay concordancia, hay legitimidad; si no la hay, existe ilegitimidad. La legitimidad o ilegitimidad es algo que depende de que el acto esté conforme o no al ordenamiento jurídico [...] La invalidez es la declaración de ilegitimidad relevante realizada por el órgano competente para ello. Es el fruto de una valoración. Debo detenerme en este punto para señalar algunos datos: a) el ordenamiento jurídico no siempre califica de inválidos a todos los actos ilegítimos, desde el momento en que admite ilegitimidades no invalidantes (las irregularidades intrascendentes para el ordenamiento); b) en ciertos casos, el ordenamiento permite que un acto ilegítimo en principio recobre legitimidad; no se lo invalida, sino que se subsana la irregularidad; c) más aún, puede resultar que un acto ilegítimo, similar al que me afecta, haya sido declarado inválido por un órgano competente y, sin embargo, decido no acudir a obtener la invalidación de mi acto porque prefiero, por cuestiones de tiempo o por lo que sea, cumplir con el deber a que me obliga el acto ilegítimo antes de acudir a la Administración o al Tribunal para obtener la invalidez. Ese acto ilegítimo no será invalidado (a menos que la Administración decida hacerlo de oficio)”. (HUTCHINSON, op. cit., p. 156). NIETO, aunque habla de ilegalidad en lugar de ilegitimidad, también la distingue de la invalidez. Al respecto dice: “el resultado de la discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico no es la invalidez sino la ilegalidad [...] la ilegalidad por sí sola no produce consecuencia directa alguna [...] la invalidez es [...] una ilegalidad relevante declarada por un órgano público constitucionalmente habilitado para hacerlo. Todas las invalideces proceden de una ilegalidad, pero no todas las ilegalidades desembocan en una invalidez, sino solamente aquellas sobre las que se ha realizado un pronunciamiento especial. La invalidez —en otras palabras— no es el resultado automático de una discordancia entre el acto y la norma sino el contenido de una declaración valorativa expresa” (A. NIETO, “Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación”, en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Funeda, Caracas, 1997, pp. 53 ss.).

innecesaria esa distinción porque en definitiva un acto administrativo viciado produce efectos hasta que sea anulado o dejado sin efecto por un órgano jurisdiccional o, según corresponda, por un órgano administrativo, en función de la gravedad del vicio y si lo permiten las circunstancias de fondo, como enseguida se verá.

Un acto es *eficaz* cuando tiene la capacidad de producir efectos jurídicos.³⁰ La eficacia no deriva de la validez, sino de las exigencias previstas por el derecho para la producción de efectos jurídicos, como, por ejemplo, la notificación o publicación.

Cuando el acto es *eficaz*, es *ejecutivo*, es decir, puede y, según las circunstancias, debe ser ejecutado,³¹ y a veces también *ejecutorio*, es decir, la Administración puede ejecutarlo por sí misma sin necesidad de acudir a la justicia.³²

Un acto es *definitivo* cuando respecto de él se agotó la vía administrativa con la interposición en tiempo y forma de los correspondientes recursos administrativos y su resolución expresa o tácita.³³

Un acto es *firme* cuando es inimpugnable. Por esa inimpugnabilidad, la firmeza implica una ausencia de derecho a la revocación del acto administrativo o a su anulación.³⁴ La firmeza se adquiere: “a) si no se recurre en tiempo contra un acto originario; b) si no se acciona en tiempo contra un acto definitivo; c) si pasa en autoridad de cosa juzgada una sentencia contencioso-administrativa que confirma el acto impugnado”.³⁵

Un acto es *estable* cuando no puede ser revocado o anulado. La *estabilidad* es la restricción a la revocabilidad del acto —o su anulación— y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos.³⁶

³⁰ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 176; H. FRUGONE SCHIAVONE, “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1974, t. 74, n.º 1-10, pp. 9 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Revocación del acto administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., p. 201; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. I, p. 62.

³¹ Según SAYAGUÉS LASO, *puede y debe* ser ejecutado (op. cit., t. I, p. 490).

³² *Ibidem*. Hago notar que la *ejecutoriedad* no es de principio. Como bien ha expresado GORDILLO, “si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar ella misma el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente, y no hay sanción penal, civil ni administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración *no puede* ejecutar de oficio por la coerción del acto, cuando con ello invade derechos de particulares, y sólo podrá solicitarlo judicialmente, para que el juez, previo indispensable escrutinio del acto, disponga su ejecución en caso de ser regular; la solución opuesta no tendría fundamento alguno de orden positivo e implicaría un claro disvalor político” (GORDILLO, op. cit., t. 3, p. V.49).

³³ Artículo 24 del decreto ley n.º 15 524, de 9 de enero de 1984; H. GIORGI, *El contencioso administrativo de anulación*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pp. 161 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada...”, op. cit., pp. 139 ss.

³⁴ DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada...”, op. cit., p. 349.

³⁵ H. CASSINELLI MUÑOZ, “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia*, t. 55, p. 236.

³⁶ J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Recursos administrativos”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Acali, Montevideo, 1977, p. 100; DURÁN MARTÍNEZ, “Revocación del acto...”, op. cit., pp. 349 ss.

En materia de nulidades, cabe advertir que en nuestro derecho no existe ninguna disposición como los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo argentina, que ha permitido a la doctrina distinguir la *nulidad* (o nulidad absoluta) de la *anulabilidad* (o nulidad relativa).³⁷

Tampoco procede en el derecho administrativo uruguayo, ante ausencia de texto de derecho positivo al respecto, la aplicación de la distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa prevista en el Código Civil y aplicable por ende en el derecho privado.³⁸

A falta de texto expreso del tipo del argentino, estimo aplicable en el derecho administrativo uruguayo un criterio basado en la entidad del vicio. La entidad del vicio determinará o no la nulidad.³⁹

Esa nulidad sólo la puede disponer el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al entender en una acción de nulidad (artículos 309 y siguientes de la Constitución) o el Poder Ejecutivo al resolver un recurso de anulación interpuesto contra actos de los servicios descentralizados (artículo 317). No la puede disponer la Administración fuera del caso indicado ni ningún otro órgano jurisdiccional que el mencionado.⁴⁰

La anulación, pues, sólo puede disponerse ante un vicio grave y en las vías indicadas.

Un vicio grave también puede provocar la revocación del acto en vía administrativa, si el acto no es firme, en el ámbito y en el sentido del recurso,⁴¹ y, si es firme, sólo si el acto no es estable.⁴²

Por supuesto que si no se perfecciona el acto no hay acto o, como mal se dice, hay acto inexistente, por lo que no se pueden predicar de él ni la validez, ni la eficacia, ni la firmeza, ni la estabilidad, ni la definitividad. Y si no es eficaz, no puede ser ejecutivo ni ejecutorio. Si hay efectos, derivan de un hecho, por lo que ello es ajeno a nuestro tema.

Si el acto es perfecto puede ser válido (o legítimo) o inválido (o ilegítimo), según si sus presupuestos o elementos se ajustan o no a derecho.

En virtud de la gravedad del vicio, el acto inválido (o ilegítimo) puede ser anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o por el Poder Ejecutivo al resolver un

³⁷ GORDILLO, op. cit., t. 3, pp. V.2 ss.

³⁸ SAYAGUÉS LASO, op. cit., pp. 502 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. II, pp. 124 ss.

³⁹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Université de Paris-Institut d'Études Politiques, Les Cours de droit, París, 1970-1971, fascículo V, pp. 1446, 1447 y 1450; G. VEDEL, *Droit administratif*, Themis-PUF, París, 1973, p. 590; SAYAGUÉS LASO, op. cit., t. I, pp. 504 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. II, p. 125; DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada...", op. cit., pp. 353 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso...*, op. cit., p. 548.

⁴⁰ DURÁN MARTÍNEZ, "Revocación...", op. cit., pp. 202 ss.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 206 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada...", op. cit., pp. 354 ss.

⁴² DURÁN MARTÍNEZ, "Revocación...", op. cit., pp. 206 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada...", op. cit., pp. 350 ss.

recurso de anulación, o puede ser revocado por la Administración al resolver el recurso de revocación o jerárquico o, siendo el acto firme, de oficio si no es estable.

Si el acto es perfecto puede o no ser eficaz, independientemente de su validez; y en caso de ser inválido, independientemente de la gravedad del vicio. Y si es eficaz puede ser ejecutado por la Administración con independencia de su validez. Si además es ejecutivo, la Administración puede ejecutarlo por sí misma también con independencia de su validez. Y todo ello mientras el acto no sea anulado o se lo prive de sus efectos por la vía que corresponda según el derecho.

3.

POSICIÓN DE MARIENHOFF

1. MARIENHOFF refiere fundamentalmente: a) al significado de la presunción de legitimidad; b) al sentido del vocablo *legitimidad*; c) al fundamento de la presunción de legitimidad; d) a las consecuencias de dicha presunción; e) al alcance de la presunción.

En esta parte de su obra, MARIENHOFF también trata el caso de las contradicciones del acto administrativo con el ordenamiento jurídico: a) cuando es inicial o concomitante con la emisión del acto, o b) cuando es sobreviniente al nacimiento de éste.⁴³

2. El maestro argentino comienza diciendo que “la *presunción de legitimidad* consiste en la suposición de que el acto fue emitido *conforme a derecho*, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales”.⁴⁴

3. Luego, con relación a este principio, sostiene que el vocablo *legitimidad* debe entenderse como sinónimo de *perfección*. Y aclara que “el acto administrativo, para ser *perfecto*, debe, a su vez, ser simultáneamente *válido y eficaz*”.⁴⁵

⁴³ MARIENHOFF, op. cit., t. II, pp. 367 ss.

⁴⁴ Ibídem, pp. 368 y 369.

⁴⁵ Ibídem, p. 369.

A mayor abundamiento sostiene: “la presunción de *legitimidad* se refiere al acto *perfecto*, o sea al acto válido y eficaz. Si el acto es válido, pero no *eficaz*, no es un acto *perfecto*, y en consecuencia no será *ejecutorio*”.⁴⁶

4. Con relación al fundamento de la presunción de legitimidad dice que “no puede decirse que consiste simplemente en la circunstancia de que la Administración debe actuar ajustando su conducta a la ley, pues si bien ello debe ser así, en la práctica podría no serlo”.⁴⁷ De esta manera rechaza la posición de la Corte de Justicia de la Nación cuando entendió que la presunción de legitimidad “obedece a que el acto administrativo proviene de una autoridad o poder”.⁴⁸

En este punto se pliega a la doctrina que encuentra que el fundamento de la presunción de legitimidad “radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos”.⁴⁹ Cita al respecto primero a TIVARONI y luego señala que “María RIVALTA, recordando a TREVES, al referirse al fundamento de tal presunción de legitimidad, dice que es lógico que dicha presunción sea aceptada, por cuanto el acto administrativo procede de una autoridad pública, que tiene el deber de respetar la ley; es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados; debe observar frecuentemente determinada forma; antes de su eficacia está supeditada a una serie de controles, siendo entonces necesaria la intervención de varios organismos. Todas esas circunstancias inducen a considerar que en la mayor parte de los casos el acto administrativo se conforma a la ley (María RIVALTA: *La motivazione degli atti amministrativi*, páginas 165-166)”.^{50, 51}

5. Luego expresa MARIENHOFF que de la presunción de legitimidad se derivan las siguientes consecuencias:

- a) no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial;
- b) la nulidad de los actos administrativos no puede declararse de oficio por los jueces;

⁴⁶ Ibídem, p. 369.

⁴⁷ Ibídem, p. 369.

⁴⁸ Ibídem, p. 369, nota 377.

⁴⁹ Ibídem, p. 370.

⁵⁰ Ibídem, p. 370, nota 378.

⁵¹ Esta opinión doctrinaria es evocada alguna vez por nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero cita a TIVARONI y no a María RIVALTA (sentencia n.º 297, de 27 de marzo de 1996, caso n.º 217, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, p. 382).

- c) quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente;
- d) la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo debe promoverse a pedido de parte.⁵²

6. Aclara luego MARIENHOFF que esta presunción no es absoluta sino simple o relativa: puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto controvierte el orden jurídico.⁵³

Otros autores, al estudiar el alcance de esta presunción, sostienen que ella no comprende a aquellos actos que poseen vicios manifiestos.⁵⁴

También se ha limitado su alcance desde el punto de vista subjetivo. En tal sentido se ha dicho que “el acto se presupone legítimo respecto de todos los particulares que afecte. Impugnado judicialmente, el acto no podrá presumirse legítimo respecto del particular accionante, pero lo será con relación a las personas ajenas al juicio”.⁵⁵

7. Por último, el autor ahora comentado analiza los casos en que las contradicciones del acto con el derecho son iniciales o son sobrevinientes.

En el primer caso, sostiene que el acto es ilegítimo y puede ser revocado en ciertos supuestos por la propia Administración o extinguido en vía judicial en otros supuestos.

En el segundo caso, sostiene que el acto no es ilegítimo sino inoportuno y su extinción “sólo puede lograrse mediante *revocación basada en razones de oportunidad, conveniencia o mérito*”.

A partir de esas afirmaciones efectúa determinadas proyecciones en el ámbito de la responsabilidad. Dice que si existe revocación por razones de legitimidad no se compromete la responsabilidad del Estado y si es por razones de mérito, sí.⁵⁶

⁵² MARIENHOFF, op. cit., t. II, pp. 371 ss.

⁵³ *Ibidem*, p. 372.

⁵⁴ CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 322; PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, p. 148; ROTONDO TORNARÍA, op. cit., p. 211; DELPIAZZO, op. cit., p. 154.

⁵⁵ DROMI, op. cit., p. 207; PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, p. 148.

⁵⁶ MARIENHOFF, op. cit., t. II, pp. 373 ss.

4.

CRÍTICA A LA POSICIÓN DE MARIENHOFF

1. No veo que el último punto tratado por MARIENHOFF tenga alguna relación con la presunción de legitimidad. Es más, aparece como “colgado” en la propia obra de MARIENHOFF. Tanto es así que autores que escribieron sobre el punto tratan todos los temas abordados por MARIENHOFF pero no éste.

Véase que, si el acto administrativo posee un vicio *ab initio*, en ocasiones puede ser revocado por la Administración y en otras puede ser anulado en vía jurisdiccional, como lo señala MARIENHOFF, pero ello es independiente de si existe o no la presunción de legitimidad. Se revoca o, en su caso, se anula porque el acto es ilegítimo. Y si no es revocado, o en su caso no es anulado, eso no se produce por razones distintas de la presunción de legitimidad: si un acto es firme y estable, por ejemplo, no se revoca o anula por razones de seguridad jurídica a fin de no lesionar derechos adquiridos, pero no porque se presuma legítimo.

Si la oposición del acto administrativo con el ordenamiento jurídico no es *ab initio* sino superviniente, lo que habrá es un decaimiento y por razones de certeza podrá ser conveniente el dictado de un acto declarativo que certifique la extinción del acto en cuestión o de sus efectos,⁵⁷ pero no habrá una revocación por razones de mérito. Por cierto que tampoco está aquí en juego la presunción de legitimidad. En este caso, el acto no nació ilegítimo y se extinguió por un cambio posterior en el derecho que hace incompatible su subsistencia con la nueva normativa.

De más está decir que la proyección que efectúa MARIENHOFF en el ámbito de la responsabilidad tampoco tiene relación con la presunción de legitimidad y no puede aceptarse en términos absolutos. En efecto, considero que una revocación por razones de legitimidad puede comprometer la responsabilidad del Estado si el acto revocado era firme y estable. Y en caso de incompatibilidad superviniente del acto con el ordenamiento jurídico —haya *revocación por mérito*, como dice MARIENHOFF, o declaración de decaimiento, como estimo con MÉNDEZ— no necesariamente se compromete la responsabili-

⁵⁷ A. MÉNDEZ, “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, 1949, t. 18, D, pp. 16 ss.

dad del Estado. Se comprometerá la responsabilidad si el acto es estable, pero no si el acto no lo es.

2. El concepto de perfección de MARIENHOFF, que, como se ha visto, es diferente del que he adoptado (coincido en este punto con DROMI cuando expresa que “el vocablo legitimidad no debe entenderse como sinónimo de perfección o como equivalente al acto perfecto”),⁵⁸ carece de sentido si se acepta la presunción de legitimidad, y es contradictorio con la posición sustentada por el propio MARIENHOFF en cuanto a la relación existente entre dicha presunción y la ejecutoriedad del acto administrativo.

En efecto, véase que para MARIENHOFF la perfección, que a su juicio es sinónimo de legitimidad, se relaciona con la validez y la eficacia: un acto es perfecto, dice, cuando a su vez es válido y eficaz. Sólo el acto perfecto es, a juicio del maestro, el que se beneficia de la presunción de legitimidad.

Pero adviértase que, si el acto es válido, es legítimo. Y si es legítimo, no tiene ningún sentido hablar de presunción de legitimidad. El acto no se presume legítimo; lisa y llanamente, es legítimo. Y esa legitimidad es totalmente independiente de la eficacia.

Por otro lado, hago notar que para MARIENHOFF la *presunción de legitimidad* y la ejecutoriedad del acto son cosas distintas e independientes: son consecuencias paralelas derivadas del carácter público de la potestad administrativa, sin que pueda afirmarse que una deriva de la otra.⁵⁹ Pero si la perfección exige a su vez la validez y la eficacia, como la ejecutoriedad supone la ejecutividad y ésta supone la eficacia, en definitiva la ejecutoriedad tendría que depender de la presunción de legalidad.

El concepto de perfección de MARIENHOFF hace que carezca de sentido hablar de presunción de legitimidad y resulta contradictorio con lo sustentado por el propio MARIENHOFF en cuanto a la relación existente entre la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad del acto administrativo.

3. Como se ha visto, MARIENHOFF extrae de la presunción de legitimidad cuatro consecuencias.

En realidad, la segunda y la cuarta por él indicadas son la misma, mirada desde dos perspectivas diferentes. En efecto, decir que la declaración de nulidad de un acto adminis-

⁵⁸ DROMI, op. cit., p. 204.

⁵⁹ MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 376.

trativo no puede proponerse de oficio por los jueces y decir que la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo sólo puede promoverse a pedido de parte es decir la misma cosa. De las cuatro consecuencias, pues, sólo quedan tres.

CASSAGNE objeta esta consecuencia ahora analizada diciendo que ella no deriva de la presunción de legitimidad sino del principio de separación de poderes y del sistema judicialista de control de los actos administrativos existente en Argentina.⁶⁰

Más bien pienso que la prohibición de una declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio es una cuestión de derecho positivo. Así, en un sistema que pretenda tutelar la legalidad objetiva, sería lógico admitir una declaración jurisdiccional de oficio de un acto administrativo aunque la Constitución consagre el principio de separación de poderes y un sistema judicialista. En efecto, ello no impide un control jurisdiccional basado en la regularidad jurídica. En cambio, en un sistema, como el previsto en los artículos 309 y siguientes de nuestra Constitución, encarado como una tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, no tiene sentido en principio una declaración de oficio, puesto que en este sistema sin interés no puede haber acción. Y la elección de un sistema u otro depende del derecho positivo. Incluso, en un sistema de tipo subjetivo, el derecho positivo puede promover un accionamiento de oficio, como lo es por ejemplo el admitido en el artículo 258 de la Constitución nacional en el ámbito de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

De manera que la prohibición de la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio, o, dicho de otra manera, la necesidad de que la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo sea promovida a pedido de parte interesada, depende del derecho positivo y no deriva de la presunción de legitimidad.

La tercera consecuencia señalada por MARIENHOFF (necesidad de alegar y probar la ilegitimidad del acto administrativo) también es cuestionada.

BREWER-CARÍAS, pese a sostener que la presunción de legitimidad produce una inversión de la carga de la prueba, luego relativiza su afirmación y admite que igualmente cierta prueba corresponde a la Administración.⁶¹

CASSAGNE y HUTCHINSON plantean objeciones mayores. CASSAGNE dice al respecto:

a) la exigencia de alegar la ilegitimidad del acto no implica una derivación de la presunción de legitimidad; b) el requisito de la prueba, en el sentido procesal, depende de

⁶⁰ CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 321.

⁶¹ BREWER-CARÍAS, op. cit., p. 233.

las circunstancias del caso, pues bien puede suceder que se trate únicamente de una cuestión de puro derecho que se somete a dilucidación de la justicia.⁶²

HUTCHINSON abordó el punto con agudeza. En tal sentido indicó:

Todos conocemos el principio de que a quien alega le incumbe probar, principio que ha sido desnaturalizado a partir de la premisa de que el acto se presume legítimo. Como ya lo dije antes, la mentada presunción no significa que sufra un vuelco importante el principio de la carga de la prueba. Ciertamente es que a quien impugna un acto le incumbe demostrarle al Juez (o al funcionario administrativo) la ilegitimidad de aquél, pero también lo es que antes de sancionar un acto administrativo deben reunirse antecedentes que justifiquen el dictado de ese acto. Si la Administración no probó, al momento del dictado del acto, lo que afirma, le bastará al actor probar en sede judicial o administrativa que en el expediente administrativo no existe prueba de lo que afirma aquélla. Pero no debe necesariamente probar la inexistencia del hecho que no acreditó administrativamente la Administración. Porque no se debe perder de vista que la Administración es titular de la carga de la prueba en el plano material de las relaciones, de modo que si la ha desatendido y, no obstante, sin prueba ha dado por probados ciertos hechos, el acto que adoptó es ilegítimo. El particular tendrá la carga de impugnar esta decisión, pero le bastará con invocar la desatención de la carga de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la prueba de hacer una prueba contraria, muchas veces virtualmente imposible.⁶³

Más adelante, al referirse al principio *actori incumbit probatio*, indica que éste significa que a quien alega corresponde probar. *Incumbe a cada parte la carga de la prueba sobre los presupuestos de hecho de las normas que invoca a su favor.*

Cabe, pues, a la Administración, antes de dictar el acto, la carga de la prueba de que los hechos sobre los que se basa son ciertos. Así se atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión al actor y de los impeditivos, extintivos y excluyentes en la Administración demandada.⁶⁴

Finalmente, con relación a este punto, HUTCHINSON expresa:

El principio general expuesto sobre distribución de la carga de la prueba se establece expresamente en nuestra legislación adjetiva (en el orden nacional, el Art. 377 CPCC). Ahora bien, desde una interpretación que parte de la presunción de legitimidad de los actos

⁶² CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 321.

⁶³ HUTCHINSON, op. cit., p. 160.

⁶⁴ Ibídem, p. 161.

administrativos (p. ej., Art. 12, LPPA; Art. 101, Ley N.º 141 de T. del Fuego) y del carácter revisor del proceso administrativo, se ha colegido que le incumbe al impugnante del acto la carga de la prueba sin distinción alguna. Así, ésta se atribuiría, siempre, a quien afirma que el acto impugnado es ilegítimo, independientemente del carácter (constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente) de los hechos que fundamentan la pretensión. La jurisprudencia ha caído en ese error, incluso en el caso de sanciones administrativas.

De la presunción de legitimidad del acto administrativo, no se puede extraer semejante principio; de aquélla sólo surge que se desplaza sobre el administrado la carga de accionar, pero no la carga de la prueba, que está sometida a las reglas generales: cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.

La presunción de legitimidad del acto no cambia, en principio, la regla que atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos al interesado y de los impeditivos, extintivos y excluyentes a la Administración.⁶⁵

Los cuestionamientos de CASSAGNE me parecen aceptables y la argumentación de HUTCHINSON ilevantable por las razones por ellos enunciadas. Cae así la tercera de las consecuencias que MARIENHOFF extrae de la presunción de legitimidad.

Queda por analizar sólo la primera: la de que no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial.

Dicha afirmación es correcta. No es necesario que en vía jurisdiccional se declare la legitimidad de los actos administrativos para que éstos sean aplicados. Pero esto no deriva de la presunción de legitimidad sino de la *ejecutividad*. A tal punto que un acto notoriamente ilegítimo, si es firme y estable, en caso de ser eficaz puede y debe ser ejecutado. Nada tiene que ver al respecto la presunción de legitimidad.

La presunción de legitimidad no sirve, pues, para extraer las cuatro consecuencias que de ella extrae MARIENHOFF.

4. En cuanto al alcance de la presunción, tanto MARIENHOFF como los autores que la admiten la relativizan.

En efecto, todos ellos sostienen que no se trata de una presunción absoluta sino simple o relativa, es decir, que admite prueba en contrario. Pero, además, algunos autores señalan que ella no comprende todos los actos administrativos: quedan excluidos aquellos que poseen vicios manifiestos. Y otros indican además una limitación subjetiva.

⁶⁵ Ibídem, pp. 162 ss.

No me parece lógica esa distinción relativa al vicio, ya que en definitiva el acto producirá efectos si es eficaz, con independencia del vicio, hasta que sea anulado en vía jurisdiccional, o por el Poder Ejecutivo al resolver el recurso de anulación interpuesto contra actos de los servicios descentralizados, o hasta que sea desaplicado por un juez al entender en la respectiva causa, o hasta que sea revocado en sede administrativa si se dan las circunstancias para ello. Y todo ello en función de la gravedad del vicio, sin que importe si hay o no presunción de legitimidad.

La limitación subjetiva que algunos autores pretenden efectuar al alcance de la presunción de legitimidad tampoco me parece razonable. Piénsese por ejemplo en una sentencia anulatoria que no tenga alcance general sino con efectos que se limiten al proceso en que se dictó; ¿es razonable considerar que ese acto, considerado con un vicio de legitimidad grave por el órgano jurisdiccional competente, goza de presunción de legitimidad con relación a los particulares alcanzados por el acto impugnado pero que no fueron parte en el juicio? La respuesta es negativa. No se puede considerar que ese acto se presume legítimo cuando el tribunal competente declaró lo contrario. Lo que ocurre es que, sin perjuicio de su ilegitimidad, igualmente produce efectos en virtud de su ejecutividad para los que no formaron parte en el juicio, porque para ellos es un acto firme y no se puede revocar si además es estable.

5. La presunción de legitimidad es un resabio absolutista; por eso, con razón se ha dicho que tiene un origen autoritario.⁶⁶

El Estado absolutista surgido luego de la Edad Media, cuando se produjo una triple unificación del poder —unificación del poder político, del poder militar y de la hacienda pública—, significó la realización de la noción de soberanía de BODINO,⁶⁷ en lo interno y en lo externo. El poder del Estado no tenía límites, no estaba sometido al derecho. Los actos jurídicos estatales, por el solo hecho de constituir una manifestación del poder público —soberano—, no podían ser sino legítimos.

Esta concepción pasó al derecho administrativo continental y por influencia de éste en general al latinoamericano a través de la Revolución Francesa, que tuvo en este aspecto una visión autoritaria. Al tratar estos temas, HUTCHINSON dice que reflejan la oculta raíz autoritaria, termidoriana, del derecho administrativo francés.⁶⁸

⁶⁶ Ibídem, p. 150.

⁶⁷ BODINO definía la soberanía como “la puissance absolue et perpétuelle d’une République” (J. BODIN, *Les six livres de la République*, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999, p. 46).

⁶⁸ HUTCHINSON, op. cit., p. 150.

CASSAGNE, en cambio, tiene una visión distinta. Sostiene que “no siempre hay que atribuir a estas prerrogativas el carácter de un resabio del Estado de Policía. Antes bien, en muchos casos se trata de poderes que antaño ha poseído la Administración, algunos de los cuales asumen ahora un carácter residual, cuyas limitaciones se determinan en función de una dinámica histórica en constante evolución, dentro del denominado régimen administrativo que caracteriza al derecho continental europeo y a nuestro ordenamiento jurídico positivo y en un sentido contrario al que preconizan las concepciones del absolutismo”.⁶⁹

No se puede desconocer la influencia en el punto del derecho administrativo francés con su construcción de la *décision exécutoire*.

Ésta consiste en la posibilidad que tiene la Administración de crear obligaciones, y eventualmente derechos, sin necesidad de consentimiento de los destinatarios de estos derechos y obligaciones;⁷⁰ es lo que WALINE llama carácter *obligatorio* del acto administrativo.⁷¹ Es distinto de lo que se ha llamado *exécution d'office*, que consiste en la ejecución forzosa del acto administrativo sin necesidad de acudir a la justicia, considerada en general como excepcional.⁷²

La *décision exécutoire* goza de lo que se ha llamado *privilege du préalable*, que consiste en la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar sus actos administrativos sin una previa declaración de legitimidad por parte de la justicia.⁷³

Rivero vincula el *privilege du préalable* con la *presunción de legalidad*.^{74, 75} Pero esa vinculación no aparece en WALINE, ni en DE LAUBADÈRE, ni en VEDEL, ni en BÉNOIT.

⁶⁹ CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 320.

⁷⁰ RIVERO decía: “la *décision exécutoire* est l’acte dans lequel l’administration met en œuvre ce pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques (RIVERO, op. cit., p. 91). Por su parte, VEDEL decía: “une *décision exécutoire* est un acte juridique émis unilatéralement par l’Administration en vue de modifier l’ordonnancement juridique par les obligations qu’il impose ou par les droits qu’il confère” (VEDEL, op. cit., p. 180). Antes que ellos, HAURIUO había escrito: “La gestion d’office de l’administration est astreinte à une procédure essentielle qui consiste en ce que, préalablement à toute mesure d’exécution par un agent d’exécution, il doit être pris, par une autorité administrative, une *décision exécutoire* par laquelle la puissance publique affirme à la fois son intention et son droit de passer à exécution. C’est la procédure par *décision exécutoire*” (M. HAURIUO, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Librairies de la Société du Recueil Sirey, París, 1921, p. 393).

⁷¹ M. WALINE, *Précis de Droit administratif*, Éditions Montchrestien, París, 1969, vol. I, p. 381.

⁷² WALINE, op. cit., vol. I, pp. 384 ss.; VEDEL, op. cit., pp. 205 ss.; BÉNOIT, *Le Droit administratif français*, Dalloz, París, 1968, pp. 556 ss.

⁷³ RIVERO, op. cit., p. 97; DE LAUBADÈRE decía: “Le *privilege du préalable* résulte de la possibilité qu’a l’administration de prendre des *décisions exécutoires*; on veut dire par là que l’administration se trouve dispensée, pour réaliser ses droits, de s’adresser préalablement à un juge (d’où l’expression: *privilege du préalable*) [...] le *privilege du préalable* entraîne celui de l’exécution administrative” (DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, t. 1, 9.^e édition par Jean-Claude Venezia et Ives Gaudemet, LGDJ, París, 1984, p. 366).

⁷⁴ RIVERO, op. cit., pp. 96 ss.

⁷⁵ También LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS admitieron la presunción de legitimidad. En efecto, partieron de la *presunción de legalidad*, que a su juicio beneficia en general a todo acto administrativo, para fundar la presunción de legalidad del fin perseguido, al estudiar la desviación de poder (op. cit., p. 30).

HAURIOU dice que con la *décision exécutoire* la Administración afirma su derecho, pero no dice que exista una presunción de legitimidad; habla de una presunción de veracidad suficiente para justificar la *procédure d'action d'office*, limitada a aspectos formales, no de fondo,⁷⁶ lo que es muy distinto que proclamar el principio de presunción de legitimidad. Para estos autores —a mi juicio— el *privilege du préalable* parece derivarse más de la obligatoriedad del acto (de la *décision exécutoire*) que de la *presunción de legitimidad*.

En general los autores, al tratar la *décision exécutoire*, la consideran un privilegio de la Administración.⁷⁷ En Iberoamérica, siguiendo esta línea, se suele también incluir la ejecutividad y la presunción de legitimidad entre los privilegios de la Administración; más concretamente, se las incluye entre los denominados “privilegios hacia fuera”.⁷⁸

No obstante, BÉNOIT muestra un punto de vista distinto. Sostiene que es inaceptable presentar la *décision exécutoire* como un privilegio conferido por el derecho a la Administración. Sostiene que la cosa es exactamente al revés. Recuerda que en el origen de las instituciones, en la época feudal y en el comienzo del absolutismo, todos los poderes los poseía el gobernante. Por el esfuerzo de los juristas se fueron escindiendo y limitando esos poderes. El derecho, así, más que conferir privilegios ha tratado de limitarlos. La *décision exécutoire* “*n'est donc rien d'autre que la mise en forme juridique du pouvoir de commandement global initial, sans cesse divisé, défini et enserré dans des règles de plus en plus précises. Le Droit n'a jamais conféré ici nul privilège; il a tout au contraire sans cesse cherché à mieux soumettre*”.⁷⁹

En esto pensó tal vez CASSAGNE cuando tomó distancia de las imputaciones de raíz autoritaria efectuadas a la *presunción de legitimidad*.

Aun aceptando la explicación historicista de BÉNOIT, considero que la *presunción de legitimidad* tiene una raíz autoritaria en la medida en que se la haga derivar de la pertenencia al poder público del acto administrativo.

También pienso que el Estado surgido de la Revolución Francesa muestra un carácter autoritario, muy distinto del modelo emergente de la Revolución Americana.

Puede compartirse así la observación de HUTCHINSON cuando afirma que el derecho administrativo francés oculta una raíz termodoriana y, se podría agregar, napoleónica, puesto que en buena medida es una creación pretoriana de la justicia administrativa y ésta —más allá de los remotos antecedentes del Consejo del Rey— se inicia con el Consejo de Estado creado por la Constitución del año VIII.

⁷⁶ HAURIOU, op. cit., pp. 345 ss., nota 1.

⁷⁷ VEDEL, op. cit., p. 173; DE LAUBADÈRE, op. cit., t. 1, pp. 365 ss.

⁷⁸ HUTCHINSON, op. cit., p. 151; CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 319.

⁷⁹ BÉNOIT, op. cit., p. 508.

Pero, a decir verdad y tal como se ha visto, no todos los autores en Francia hablan de la *presunción de legitimidad*. La doctrina iberoamericana que la recoge parecería haber efectuado una errónea lectura del *privilège du préalable*, tal vez influida además por el reconocido prestigio del sector de la doctrina francesa que sí la acepta.

La presunción de legitimidad se fundamenta, para algunos autores, en que el acto administrativo constituye una expresión del poder soberano del Estado.⁸⁰

Pero ocurre que ese modelo de Estado que dio origen a la presunción de legitimidad está en decadencia⁸¹ o en crisis. Tanto que constitucionalistas acostumbrados a concebir el derecho constitucional como *derecho del Estado* —sobre todo en Alemania— ante la nueva realidad en que al centro único de poder ha sucedido una multiplicidad de poderes⁸² se esfuerzan en darle un contenido más allá del Estado. Es que la crisis del Estado es una crisis de la soberanía “que se manifiesta en el desplazamiento de cuotas crecientes de poder y de funciones públicas tradicionalmente reservadas a los Estados, más allá de los confines nacionales”.⁸³

Ante esta nueva realidad, sin perjuicio de que, como muy bien lo observó MARITAIN, la soberanía sobre la que se fundó el absolutismo no existió nunca,⁸⁴ no se puede fundar la presunción de legitimidad en el poder soberano del Estado.

Como una variante de esta tesis, se dice que la presunción de legitimidad del acto administrativo se funda en la circunstancia de que la Administración Pública debe actuar ajustando su conducta al derecho. Pero el propio MARIENHOFF reacciona contra esta postura —y con razón— diciendo que “si bien ello debe ser así, en la práctica podría no serlo”.⁸⁵

⁸⁰ HUTCHINSON ubica en esta línea a FIORINI (HUTCHINSON, op. cit., p. 152). MARIENHOFF ha expresado que “para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la referida presunción de legitimidad obedece a que el acto administrativo proviene de una autoridad o poder”. Concretamente, cita una sentencia de la Corte en la que dice: “El acto administrativo es un acto de autoridad o de poder que lleva consigo como expresión de tal poder la presunción de su validez” (MARIENHOFF, op. cit., p. 369, nota 377). GORDILLO transcribe el siguiente fragmento del fallo de la Corte Suprema en el conocido caso *Los lagos*: “Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo, de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio”. Y enseguida expresa: “Esto es un error, pero se repite” (GORDILLO, op. cit., t. 3, p. v.9).

⁸¹ P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 57 ss. y 94 ss.

⁸² *Ibidem*, pp. 57 ss.

⁸³ L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, p. 137.

⁸⁴ J. MARITAIN, *El hombre y el Estado*, Encuentro, Madrid, 1983, pp. 54 ss.

⁸⁵ MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 369.

Propone entonces MARIENHOFF fundar la mencionada presunción de legitimidad en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos. Y es aquí que cita a María RIVALTA en cuanto dice que el acto administrativo procede de una autoridad pública que debe respetar la ley y es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados, debe observar determinadas formalidades y es precedido de una serie de controles.⁸⁶

La visión de MARIENHOFF adolece al respecto de una gran ingenuidad. La misma ingenuidad —propia de una época— que padeció SAYAGUÉS LASO cuando dijo que la ejecución de sentencias contra el Estado no plantea problemas porque el Estado cumple espontáneamente cuando es condenado.⁸⁷

Muy bien ha advertido GRASSO que “sobre todo, a causa de la aparición de partidos totalitarios, se ha demostrado que, en realidad, en lugar de ser garantía de un gobierno imparcial, el Estado tiende a reducirse a un aparato e instrumento de dominio de los grupos gobernantes”.⁸⁸

CEA EGAÑA ha denunciado los neocorporativismos que aparecen hoy en día, que afectan obviamente la imparcialidad de los agentes públicos.⁸⁹ Aunque, en puridad, esa falta de parcialidad fue advertida por GIANNINI desde el comienzo mismo del Estado moderno:

El Estado es un conjunto organizado de administraciones diversas, es decir, un ente con administraciones desgregadas y, consecuentemente, con órganos desgregados [...] Todo ello ha permanecido en el Estado de pluralidad de clases, con una ulterior complicación: que los intereses públicos atribuidos a los diversos Ministerios son en ocasiones institucionalmente conflictivos.⁹⁰

Tampoco hay con estas circunstancias fácticas garantías de imparcialidad. GORDILLO, reaccionando ante posturas como la de MARIENHOFF, expresó:

La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. La ausencia de alguno de ellos —aislado, y a veces ni siquiera sumados—, no lleva a la nulidad judicial sino a su anulabilidad, saneable *per se*. Cabe pues concluir, de *lege lata*, que no están dadas en el derecho viviente las

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 370.

⁸⁷ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. II, p. 614.

⁸⁸ GRASSO, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁹ J. L. CEA EGAÑA, “Presente y futuro del Estado Social de Derecho”, en *Revista de Derecho*, n.º VII, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, p. 212.

⁹⁰ M. S. GIANNINI, *El poder público. Estados y administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 97.

condiciones que se postulan para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo. Tiene razón Nava Negrete cuando sostiene que esta situación “se antoja como hacerse justicia por propia mano, lo que expresamente prohíbe la Constitución a toda persona”. Lo grave es que la justicia deja que la Administración se haga justicia por su propia mano, como si estuviéramos en el *Ancien Régime*.

En el derecho argentino no existen todavía garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar en forma plena, eficaz y oportuna los derechos individuales: a lo que cabe agregar la ausencia de entes reguladores autónomos e independientes, no controlables por el Poder Ejecutivo.

[...]

[...] el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un solo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidiós, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.⁹¹

Lo expresado por GORDILLO con relación a Argentina resulta plenamente aplicable en el Uruguay.

Nuestra realidad muestra claramente cómo los intereses sectoriales de los funcionarios de ciertos entes los llevan a posturas que privilegian al ente en detrimento del bien común.⁹² Para comprobar esta afirmación basta observar la resistencia de estas instituciones al tímido control ejercido por las unidades reguladoras.

Por otro lado, no se puede desconocer la vocación totalitaria del actual partido de gobierno.

No están dadas así las condiciones en nuestro país para fundar la presunción de legalidad en las garantías previstas en el derecho positivo.

Más allá de que se den o no las circunstancias fácticas sobre las que reposan estas dos posturas, la fundada en el poder público y la fundada en las garantías previstas por el ordenamiento jurídico, llamadas por HUTCHINSON *sustancial* y *formal* respectivamente,⁹³

⁹¹ GORDILLO, op. cit., t. 3, pp. V.14 ss.

⁹² DURÁN MARTÍNEZ, “La Administración en tiempos de crisis”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 408 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control”, en *La Justicia Uruguaya*, año 2006, t. 134, D. p.10.

⁹³ T. HUTCHINSON, *Procedimiento administrativo de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur*, Emprendimientos Fueguinos, Usuahia, 1997, p. 241; HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, op. cit., p. 152.

cabe reconocer que no resultan aceptables además por el mismo motivo. En efecto, aunque exista un poder público soberano, aunque el poder público se ejerza para el fin debido, aunque las garantías previstas para el dictado del acto administrativo se cumplan efectivamente, pueden existir errores, y aunque sea por esa razón el acto administrativo resulta ilegítimo.

Por eso es que en todo Estado de derecho existen sistemas de control de la Administración.⁹⁴ La sola existencia de un sistema de control jurisdiccional de la Administración que habilite al juez a anular un acto administrativo ilegítimo presupone por parte del derecho el desconocimiento del principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Ante las falencias de estas posturas, un importante sector de la doctrina —MAIRAL,⁹⁵ CASSAGNE⁹⁶ y BARRA,⁹⁷ por ejemplo— procura un fundamento de orden práctico: si no existiera la presunción de legitimidad —dicen— toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, en principio, aunque la legitimidad fuera patente obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo, en definitiva al interés público.⁹⁸

MAIRAL explica que prefiere este fundamento diciendo:

[...] si se acepta el mero carácter estatal del acto como base del privilegio, será difícil hallarle un límite; al contrario, fundarlo en razones de conveniencia práctica permite restringir el privilegio a aquellos casos en que tal conveniencia lo exige.⁹⁹

⁹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, “Control de los actos administrativos”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., p. 360.

⁹⁵ MAIRAL, op. cit., vol. II, pp. 775 ss.

⁹⁶ CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 321.

⁹⁷ BARRA, luego de reiterar los términos de CASSAGNE, agrega: “cuya raíz ética y ontológica parte de la concepción del bien común como causa final del Estado” (op. cit., t. I, pp. 273 ss.).

⁹⁸ Cabe advertir, con todo, que CASSAGNE y BARRA no se despegan del todo del fundamento del poder, ya que además del fundamento práctico indicado sostienen que la presunción de legalidad se basa en la presunción de la legitimidad de todos los actos estatales: ley, sentencia, acto administrativo (CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 321; BARRA, op. cit., t. I, p. 273). MAIRAL, en cambio, rechaza la simetría del acto administrativo con los otros actos estatales. En tal sentido argumenta que “la actividad ejecutiva se desenvuelve en un plano jurídico inferior al de la ley (es sub-legal) y, además, está sujeta a revisión judicial a pedido del particular que cuestiona su validez. Desde este punto de vista, pues, la asimetría podría llevar a una conclusión contraria en la presunción de legitimidad del acto administrativo” (MAIRAL, op. cit., pp. 775 ss.). COMADIRA, por su parte, objeta esta posición de MAIRAL diciendo: “En primer lugar presumir legítimo el acto no importa equiparar, jerárquicamente, el acto a la ley, sino sólo afirmar que aquél cumple, supuestamente, con el ordenamiento en el cual se incluye, por supuesto, la ley formal. En segundo término tampoco la revisión judicial conspira contra la presunción; en todo caso significa que ella puede ser desvirtuada ante el Tribunal. Por lo demás, también las leyes pueden ser revisadas constitucionalmente por el Poder Judicial” (COMADIRA, op. cit., p. 26).

⁹⁹ MAIRAL, op. cit., vol. II, pp. 775 ss.

La ventaja señalada por MAIRAL del argumento práctico sobre los otros que podemos llamar ideológicos, ya que en definitiva los argumentos calificados por HUTCHINSON como sustanciales o formales son ideológicos, es innegable, pero tampoco me parece aceptable. Considero que el riesgo que pretenden evitar MAIRAL, CASSAGNE y BARRA se evita por la *imperatividad* del acto administrativo, como sostiene HUTCHINSON,¹⁰⁰ y no como consecuencia de la presunción de legitimidad.

Esa *imperatividad*, como dice HUTCHINSON, deriva del poder político, el que a su vez deriva de la naturaleza humana. El hombre es un animal racional, por ser racional es social y por ser social es político.¹⁰¹ El poder político está para ser cumplido, de ahí su *imperatividad*.

Lo dicho respecto del poder político es aplicable al acto administrativo como emanación del poder político.

El acto administrativo goza del régimen de imperatividad. Como dice HUTCHINSON, es ejecutivo, configura una *décision exécutoire* —como dicen los franceses— y debe ser legítimo. Pero no necesariamente es legítimo.

Por eso un sujeto que no cumple un acto administrativo que considera ilegítimo no puede ser sancionado si luego ese acto es anulado o revocado por razones de legitimidad. Pero si eso no ocurre, ese sujeto sufre las consecuencias por el incumplimiento del acto. En otras palabras, el acto se ejecuta con independencia de su legitimidad: el destinatario asume el riesgo por sus decisiones.¹⁰²

En este aspecto MARIENHOFF tenía razón cuando sostenía que la ejecutoriedad del acto administrativo no derivaba de la presunción de legitimidad, que son dos cosas distintas e independientes.

Bien se puede decir con HUTCHINSON que la presunción de legitimidad es técnicamente insostenible¹⁰³ y además innecesaria,¹⁰⁴ por no ser correctas las consecuencias que de él se pretenden derivar.

¹⁰⁰ HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, op. cit., p. 153.

¹⁰¹ ARISTÓTELES, *La política*, Tor, Buenos Aires, 1965, pp. 7 ss.; TOMÁS DE AQUINO, “Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes”, en TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Porrúa, México, 1975, pp. 257 ss.; F. SUÁREZ, *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 31 ss.

¹⁰² GORDILLO, op. cit., t. 3, pp. v.20 ss.

¹⁰³ HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, op. cit., p. 150.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 153 ss.

5.

DERECHO POSITIVO URUGUAYO

1. Nuestro derecho positivo no tiene ninguna disposición como el argentino o el español que establezca expresamente la presunción de legitimidad.

Llama la atención, entonces, que cierta doctrina nacional la haya recogido y una jurisprudencia prolongada y uniforme la haya afirmado sin el menor cuestionamiento. No solamente se adoptó una doctrina foránea errónea, sino que se hizo sin apoyatura de derecho positivo alguna.

2. Llama la atención también que no se haya reparado en los cuestionamientos que algunos autores han efectuado a su propio derecho positivo.

MAIRAL, por ejemplo, al referirse al artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que —como se ha visto— consagra a texto expreso la presunción de legitimidad, dice de él que configura una “respuesta coherentemente autoritaria”.¹⁰⁵

GORDILLO sostiene que si ese artículo se interpreta conforme a lo que literalmente dice, es irrazonable y, por ende, inconstitucional. El legislador no puede cambiar la razón ni tampoco la ley de la gravedad, expresa.¹⁰⁶

NIETO, al referirse al derecho positivo español en cuanto consagra la presunción de legitimidad y efectúa en el marco de ese tema las distinciones de inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad grave y leve y hasta irregularidades no invalidantes, denuncia su arbitraria incongruencia.¹⁰⁷

3. Llama especialmente la atención, además, que al recoger la presunción de legitimidad sin texto de derecho positivo que lo imponga se desconozcan claros principios generales del derecho.

Así, por ejemplo, la presunción de legitimidad implica el desconocimiento del principio de oficialidad, expresamente recogido en el artículo 2, literal c, del decreto n.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991, principio instrumental ligado al de verdad

¹⁰⁵ MAIRAL, op. cit., vol. II, p. 773.

¹⁰⁶ GORDILLO, op. cit., t. 3, p. V.6.

¹⁰⁷ NIETO, op. cit., p. 59.

material,¹⁰⁸ ya que procura que el acto administrativo resultante del procedimiento se ajuste a la verdad. Cuestionada en vía administrativa la legitimidad de un acto administrativo por un particular, la Administración no puede descansar en el seudoprincipio de presunción de legitimidad y esperar que el particular pruebe el vicio del acto. Debe de oficio investigar la cuestión a los efectos de averiguar la verdad. La Administración tiene el deber de buscar la verdad.¹⁰⁹

Si en el marco de una acción anulatoria el Tribunal de lo Contencioso Administrativo advierte que el fundamento jurídico invocado por el actor no es correcto pero que corresponde la anulación por otro vicio no señalado en la demanda, debe anular; no puede invocar la presunción de legitimidad y confirmar el acto.

El principio *jura novit curia* impone la solución propiciada. Como bien ha expresado GORDILLO:

[...] el juez no puede, sin abdicar de la más elemental de su función que es *decir el derecho*, y partir a la inversa de una mal entendida solidaridad con el poder o la administración, ni tener una postura de compromiso inicial con el acto, las leyes, sentencias, etc.: su compromiso inicial y también último es con la justicia y el orden jurídico, en cuya cúspide se hallan el orden público internacional, los tratados internacionales y supranacionales y la Constitución Nacional. Ése es el compromiso de un juez, que ejerza su *jurisdictio*. Pues no será decir el derecho, sino mentirlo, preferir a los actos de menor rango en la escala normativa, que son del poder de turno y preterir a las normas supremas del ordenamiento, que son las permanentes de un orden jurídico respetuoso del bien común.¹¹⁰

Por otro lado, las diligencias probatorias de oficio previstas en el artículo 73, inciso final, del decreto-ley n.º 15 524, de 9 de enero de 1984, y las medidas para mejor proveer previstas en el artículo 81 del mismo decreto-ley, demuestran que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si tiene dudas, no puede ampararse en la cómoda *presunción de legalidad*, sino que debe emplear todos los medios que estén a su alcance para averiguar la verdad.

¹⁰⁸ H. FRUGONE SCHIAVONE, "Principios del procedimiento administrativo", en AA. VV., *El Nuevo procedimiento administrativo*, Secretaría de la Presidencia de la República, Programa Nacional de Desburocratización, Montevideo, 1991, 2.ª ed., pp. 31 ss.

¹⁰⁹ A. DURÁN MARTÍNEZ, "La prueba en el procedimiento administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., p. 146.

¹¹⁰ GORDILLO, op. cit., t. 3, p. v.29.

4. Pero lo más insólito de todo es que cuando nuestro derecho positivo consagró una presunción en esta materia fue de *ilegitimidad*, y esto es desconocido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, el artículo 6 de la ley n.º 15 869, de 22 de junio de 1987,¹¹¹ prevé una *presunción simple de ilegitimidad* del acto administrativo cuando se dan las circunstancias en ese artículo previstas. Y aun así, aun reconociendo que se han reunido esas circunstancias, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha invocado la presunción de legitimidad del acto administrativo para rechazar la demanda.¹¹²

Por cierto que esa presunción de ilegitimidad del acto administrativo, en las cuestiones de pleno derecho, no impide al Tribunal levantarla mediante la aplicación del principio *jura novit curia*. Tampoco en casos en que la legitimidad dependa de las pruebas de los hechos, como era el de la sentencia indicada,¹¹³ esa presunción impide al Tribunal disponer prueba de oficio o medidas para mejor proveer; pero sin duda le impide —para rechazar la demanda— invocar la presunción de legitimidad del acto en un caso en que no sea el actor el que debe probar que el acto es ilegítimo, sino que es la Administración la que debe probar su legitimidad con la prueba de los hechos correspondientes.

5. La *presunción de legitimidad* del acto administrativo, a nuestro juicio, ha servido en definitiva en nuestro país para facilitar a la Administración, con el aval del propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el desconocimiento del derecho positivo vigente. La *presunción de legitimidad* ha favorecido sin duda la arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos.

¹¹¹ La redacción vigente proviene del artículo 41 de la ley 17 292, de 16 de enero de 2001, que recoge en esencia la solución prevista en el artículo 6 de la ley 15 869, con variantes accidentales.

¹¹² Sentencia n.º 534, de 4 de setiembre de 2002. Véase DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso...*, op. cit., p. 227 ss.

¹¹³ Véase el caso en DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. II, pp. 23 ss.

6.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Ante este estado de cosas, cabe responder la aguda pregunta que se formuló BRITO hace algunos años: “¿Es posible ya, a esta altura de los tiempos, sostener la presunción de legitimidad... en términos de regla de principio?”.¹¹⁴
2. La respuesta es no. Es más, puede afirmarse que la presunción de legitimidad no existe. Es un mito, un mito innecesario y pernicioso.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD HERNANDO, J., *Norma de procedimiento administrativo nacional*, Comercio y Justicia Editores, Córdoba, 1986.
- Anuario de Derecho Administrativo*, FCU, tomos V, VI, VIII, IX, X, XI, XII y XIII.
- ARISTÓTELES, *La política*. Tor, Buenos Aires, 1965.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito administrativo*, Malheiros, San Pablo, 2003.
- BARRA, R. C., *Tratado de Derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, t. I.
- BÉNOIT, F. P., *Le Droit administratif français*, Dalloz, París, 1968.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.
- BODIN, J., *Les six livres de la République*, Confluences, Bordeaux, 1999.
- BREWER-CARÍAS, A. R., *Contencioso administrativo*, t. VII de *Instituciones políticas y constitucionales*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.
- BRITO, M. “¿Derecho público y Derecho privado?”, en M. BRITO, *Derecho administrativo. Su permanencia-contemporaneidad-prospectiva*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004.

¹¹⁴ BRITO, “¿Derecho público y Derecho privado?”, en M. BRITO, *Derecho administrativo. Su permanencia—contemporaneidad—prospectiva*. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, p. 282.

- CAJARVILLE PELUFFO, J. P., “Recursos administrativos”, en AA. VV., *Procedimiento administrativo*, Acali, Montevideo, 1977.
- “Invalidez de los actos administrativos”, en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Dos estudios de Derecho administrativo*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995.
- CASSAGNE, J. C., *Derecho administrativo*, Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, 8.ª ed. actualizada.
- CASSINELLI MUÑOZ, H., “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1957, t. 55.
- CEA EGAÑA, J. L., “Presente y futuro del Estado Social de Derecho”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, n.º VII.
- COMADIRA, J. R., *Derecho administrativo*, Lexis Nexis y Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- DE AQUINO, T., “Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes”, en Tomás DE AQUINO. *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Porrúa, México, 1975.
- DE LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit administratif*, t. 1, 9^e édition par Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET, LGDJ, París, 1984.
- DELPIAZZO, C. E., *Derecho administrativo uruguayo*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- DROMI, J. R., *Instituciones de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho administrativo*, Universidad Católica del Uruguay e Ingranusi, Montevideo, 1999 (2 vol.).
- “La prueba en el procedimiento administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “Cosa juzgada administrativa”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “Revocación del acto administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “Control de los actos administrativos”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “La Administración en tiempos de crisis”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. I.
- “Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control”, en *La Justicia Uruguaya*, año 2006, t. 134.

- *Contencioso administrativo*, FCU, Montevideo, 2007.
- FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1974, t. 74, n.º 1 al 10.
- “Principios del procedimiento administrativo”, en AA. VV., *El nuevo procedimiento administrativo*, Secretaría de la Presidencia de la República, Programa Nacional de Desburocratización, Montevideo, 1991, 2.ª edición.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, t. I.
- GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. I.
- GIANNINI, M. S., *El poder público. Estados y administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991.
- GIORGI, H., *El contencioso administrativo de anulación*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo*, t. 3, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4.ª ed., 1999.
- GRASSO, P. G., *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- HAURIOU, M., *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Librairies de la Société du Recueil Sirey, París, 1921.
- HUTCHINSON, T., *Procedimiento administrativo de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur*, Emprendimientos Fueguinos, Ushuaia, 1997.
- “Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo”, en AA. VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002.
- ILDARRAZ, B., A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Eudecor, Córdoba, 2001.
- LINARES, J. F., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- LONG, M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 1999.

- MAIRAL, H. A., *Control judicial de la Administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. II.
- MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II.
- MARITAIN, J., *El hombre y el Estado*, Ediciones, Madrid, 1983.
- MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 12.^a ed., 2006.
- MÉNDEZ, A., “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 18, 1949.
- NIETO, A., “Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación”, en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Funeda, Caracas, 1997.
- ODENT, R., *Contentieux administratif*, Université de Paris, Institut d’Études Politiques, Les Cours de droit, fascículo V, París, 1970-1971.
- PARADA, R., *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I.
- PAREJO ALFONSO, L., A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, vol. 1, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.
- PRAT, J. A., *Derecho administrativo*, vol. 2, Acali, Montevideo, 1978.
- RIVERO, J., *Droit administratif*, Dalloz, París, 1973.
- ROTONDO TORNARÍA, F., *Manual de Derecho administrativo*, Ediciones del Foro, Montevideo, 2000.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953.
- SUÁREZ, F., *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político Hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1966.
- VEDEL, G., *Droit administratif*, Themis-PUF, París, 1973.
- VIDAL PERDOMO, J., *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1997.
- WALINE, M., *Précis de Droit administratif*, vol. I, Montchrestien, París, 1969.